Sobre mejoras, y dacion aiudas con facultad de nombrar. 17.



POR EL CONVENTO DE SANTIAGO DE LOS CAVALLEROS DESTA CIVDAD.

EN EL PLEITO

CON LOS HEREDEROS DE DON *Bartolome de Briones, vezinos de la Ciudad de Carmona.*

SVPONESE, QVE EN DIEZ Y nueue de Enero, del año passado de 1640. el Conuento de Santiago concediò en arrendamiento de vidas a dō Bartolome de Briones Quintanilla, vn molino de pan moler, con quatro asientos molientes, que es en el Rio de Carbones, termino de Carmona, y le llamā el molino del Siluar, con su casa de piedra, y caualleriza, con diez fanegas de tierra de sembrar, que se sacan, y estā agregadas al molino del Cortijo que el Conuento tiene en aquel termino, ibi: *Para q̄ lo goze por todos los dias de su vida, y por los dias de la vida de vn su hijo, o hija, heredero, o heredera, o otra qualquiera persona que el susodicho nombrare en su testamento, o fuera del, o por escritura publica aparte, con que no baste ser su heredero en sus bienes, y hazienda, si expressamente no fuere nombrado, y señalado ante Escriuano publico, que dello dé fé, y no de otra manera, por precio de 350. ducados en moneda de vellon, y cien fanegas de trigo*, fol. 2.

2 Que entre las condiciones puestas en la escritura, son las clausulas siguientes que hazen a esta causa, demas de la referida: *Iten, con condicion, que todo el tiempo, y mientras durare este arrendamiento del dicho molino, el dicho don Bartolome de Briones Quintanilla, y la persona que sucediere en la dicha segunda vida, han de ser obligados de lo tener inhiesto, labrado, y reparado de albañileria, carpinteria, y la dicha casa, y caualleriza, y los dichos asientos molientes, y corriētes, con sus piedras, y todos los demas pertrechos de que tiene, y tuuiere necessidad. Y para ver, y saber si assi hazen, y cumplen, han de ser obligados a recebir quieta, y pacificamente, vna vez en cada vn año, los Visitadores que por el dicho Conuento fueren embiados a los ver, y visitar el dicho molino, y casa; y todos los labores que por los tales Visitadores fueren mandados hazer, los hagan, labrē, y reparen dentro del dicho plaço, y termino que por los tales Visitadores fuere puesto, y assignado, &c.* fol. 4.

Iten, con condicion, que los dichos don Bartolome de Briones, y el heredero en la dicha segunda vida, han de ser obligados de dexar el dicho molino, y casas inhiesto, y bien labrado, y reparado, y la pressa bien reparada de todas las labores, costas, y pertrechos que el dicho molino y casa tuuieren necessidad, y fuere menester, a contento, y satisfacion

A

del

del dicho Conuento, y de su Mayordomo en su nombre. Y si assi no lo hizieren, ni cumplieren, que a su costa se haga, y por lo que costare se les execute, &c. Et ibi.

Que todas las labores, y mejoras nueuas, edificios que en el dicho molino, casa, y tierras quedaren fechas en fin de las dichas vidas, todos ellos, en qualquiera cantidad que sean, han de ser, y sean para este dicho Conuento, y desde luego hazen donacion irreuocable de todas ellas con las insinuaciones que de derecho se requieren para su validacion, sin que tengan derecho de pedirlas, ni repetirlas agora, ni en tiempo alguno, y se desisten del derecho, y accion que a ellas tuuieren, porque con esta cõdicion expressa le hazemos esta escritura de arrendamiento, y no de otra manera Et ibi.

Y el dicho don Bartolome de Briones lo recibe por inhiesto, y bien labrado, y corriente, y moliente de albañileria, y carpinteria a todos los assientos, e pressas bien reparado, y en este estado de bien reparado, y labrado han de ser obligados a lo tener durante el tiempo deste arrendamiento, y a lo dexar en fin del, &c.

Otro si, con condicion que ha de ser obligado de cubrir la caualleriza del dicho molino conforme a buena obra, luego, sin aguardar otro plaço alguno, donde no, que el dicho Conuento pueda mandar hazer a su costa, y por lo que costare le pueda executar con el juramento del dicho Mayordomo, en que ha de quedar diferido sin otra prueua de que queda releuado el dicho Conuento, y se ha de poder vsar deste remedio, y via executiua, o apremiarles por todo rigor de derecho a que cumplan con efecto lo contenido en esta condicion de lo vno, y de lo otro, y de ambos remedios juntos a la par, sin que nada le pare perjuizio al dicho Cõuento; y en fin de las dichas dos vidas ha de quedar la dicha caualleriza reparada de todo lo necessario; y si algunos labores nueuas se hizieren en la dicha caualleriza, y molino, durante las dichas dos vidas, en qualquiera suma, y cantidad que sea, ha de ser, y quedar para el dicho Conuento, y por bienes suyos proprios, sin que por parte del dicho don Bartolome de Briones Quintanilla, ni el heredero que sucediere en la dicha segunda vida, ni por sus herederos, ni por otra persona alguna, se puedan pedir, ni repetir las dichas labores nueuas, ni otra cosa alguna, porque todo ello, como dicho es, ha de quedar, y queda consolidado con el señorio directo, y por bienes proprios del dicho Conuento, y en esta razon renuncian, y quedan renunciadas por los susodichos qualesquier le-

yes,

yes, fueros, y derechos, vsos, y estilos Canonicos, y Ciuiles que en su fauor sean, para que no les valgan en juizio, ni fuera del.

Y con condicion, que en el fin del tiempo deste arrendamiento, han de dexar el dicho molino moliente, y corriente, con sus assientos, y pertrechos, de la manera que se les entregan, y reciben; donde no, que el dicho Conuento pueda hazer los reparos, y labores que fueren necessarios en fin de las dichas vidas, para que estè, y quede corriente, y moliente, y por lo que costare le pueda executar, &c.

3 Que en 30. de Otubre del año de 54. murió el dicho don Bartolome de Briones en Carmona, sin auer nombrado en la segunda vida a heredero, ni a otra persona. Y que en 11. de Enero de 1655. se hizo pedimento por el Conuento, intẽtando la possessiõ del dicho molino, con lo que le pertenece, y se mandô assi, y despachô requisitoria para las justicias de Carmona, y con conocimiento deste negocio la mãdaron cumplir, y se diô con efecto la possession al Conuento de Santiago en 21. de dicho mes de Enero de 1655. auiendo en 20. deste dicho mes doña Ana Maria de los Rios, muger que fue del dicho don Bartolome de Briones Quintanilla, difunto, y en virtud del poder general que le diò para testar en el año passado de 1647. hizo nombramiento de la segunda vida que faltaua, del molino del Siluar, en doña Ana de Briones Quintanilla, donzella, su hija, y del dicho don Bartolome de Briones; lo qual assi assentado parece que doña Ana de Briones se vale deste nombramiento, y que quando no tenga lugar, pretenden los herederos del dicho don Bartolome de Briones, retenciò en el molino por mil y quinientos ducados de obras nueuas, y mejoras que dizen hizo en el tiempo de su arrendamiento.

4 Funda el primero medio en el poder, y facultad que para testar, sin limitaciõ de cosa alguna, diô don Bartolome de Briones a doña Ana Maria su muger, y que en su virtud dentro de los quatro meses despues de la muerte, hizo el nombramiento en su hija doña Ana de Briones, con lo qual cumpliò con la clausula, y condicion referida en la escritura del arrendamiento, en quanto a que pudiesse nombrar para la segunda vida persona por contrato, o por testa-

mento,

mento,y que esto vltimo tuuo efecto, segun lo que dispone las leyes destos Reynos, recopiladas en el *lib.5. tit.4.l.5.cum seqq.* Y mas siendo el poder tan general como se colige de su contestura.

5 El segundo, en caso que no corra el nombramiento de segunda vida, estriuan los herederos en la retencion del molino, hasta que el Conuento de Santiago les satisfaga los mil y quinientos ducados, en que pretenden auer mejorado lo don Bartolome de Briones su padre, considerando este cõtrato emphyteutico, dõde se obserua esta regla, de que las mejoras se deuen a los herederos del vltimo posseedor, y no al dueño del molino. *Ita Iul. Cla.§.emphyteusis,q.45.in prin. Dec.cons.518.n.1.& seqq.cum alijs Menoch de recup. posses.remedio 15.num.502.cum seq.ex l.nam hoc 14.de condict.in deb.cum similib.*

6 Con todo, no obstante lo referido por doña Ana de Briones, y los demas herederos de don Bartolome su padre, se deue tener por fenecido el arrendamiẽto del molino desde el dia que muriò don Bartolome de Briones, por no auer nombrado sucessor en la segunda vida, para lo qual este cõtrato se supone sin nombre en el derecho comun, y si se asimila a alguno, es al emphyteutico q̃ introduxo el Emperador, *in l.1.& seqq. C. de iure emphyteu. quib. consonat. lib.28. tit.8. part.5. tenent Cardinalis Mantic. de contract. lib.5. tit.1. nu.14 & 16. Caldas, in tract. de iure emph. lib.1. quæst.16. á num.8. & lib.2. quæst 16. num 49. & lib.4 cap 1 nu.18.* Y assi es de estrecha naturaleza, y calidad, y solo se està, y passa por lo expressado, y conuenido en èl, segun la referida *ley 28.* ibi: *Como pleyto, o postura que es fecha sobre cosa raiz, que es dada a censo señalado para en toda su vida de aquel que la recibe, o de sus herederos, o segun se auiene por cada año, &c. Alex. in l.4.§.Cato.col.4 vers.& prædicta faciũt ff. de verb.oblig. Capic. decis.14.num 22.& ibi Addent. quos & alios laudat Ant. Ciosi. part 1. cons.43. num.6.* De manera, que los contrayentes dán la forma, por vna vida, o dos de personas señaladas: *iuxta dicta per Iustinian. in Auth. de non alien. aut permut. reb. Eccles.§.emphyteusim autem, & in Auth. de alienat. & emphyt.§. licentiam. Iacob. Thoming. tom.1 cons.33. num.15.* Y en las que señalaren aquellos por contrato, o vltima voluntad, y no de

otra

otra suerte: *Iuxta tradita per Rotam, in antiq. decis. 321. incip. nota gloss. Gamm. decis. 14. Camill. Borrell. in summ. deciss. tom. 1. tit. 33. num. 311. & 312.* Loqual se ha de obseruar inuiolablemente. *Vt post Socyn. senior. cons. 164. num. 13. lib. 2. Cardin. Paris. cons. 86. num 4. vol. 4. Ruin cons. 167. num. 18 vol. 1. Milanetis, decis. 17. nu. 67. & seq. lib. 2. Ant. Fab. in suo C. lib. 4. tit. 42. diffin 61. in alleg. num. 1. tom. 1. Crescent. decis. 5. tit. de locat. & conduct.* Aũque fuera contra la misma naturaleza deste contrato, segun afirmã los DD. referidos, *ex dict. l. 1. C. de iure emphyt.*

7 De que resulta el fundamento primero que tiene el Conuento para obtener el amparo en la possessiõ que aprẽhendió judicialmente del molino, por auer faltado el nombramiento en la segunda vida, y assi el dominio vtil se consolidò con el directo que siempre assiste al Conuento. *Vt tradita Dominus D. Ioseph Vila, dessat. 16. num. 31. Ioann. Andr. in addit. ad specul. tit. de locat. §. nunc aliqua, n. 172. quæst. 146. Ruin. dict. cons 167. num. 12. Angel. cons. 184. cum alijs per Aurel. Corbul. de iure emphyt. tit. de causa priuat. obtemp. finit.* Porque aquellas palabras de la escritura, de que no bastasse ser heredero de don Bartolome de Briones, si expressamente no fuesse nombrado, y señalado ante Escriuano publico que dello diesse fe, induzen precissa condicion, *argumento eorum; quæ omnes firmant in l. stichum, qui meus erit delegat. 1, & in l. nuper delegat. 3, Bart. in l. inter stipulantem, §, Sacram. num. 5, de verb. obligat. cũ multis laudatis per Cald. Pereir. de nominat. emphyt. quæst. 7, num. 6, cum seqq. & Dom. Vela, vbi sup. num. 32, & 33, qui plures allegat.* Y auiendo faltado, quedò resuelto el contrato, y arrendamiento de segũda vida, *ex l. necessario, §, 1, ff. de peric. & cõm. rei uẽd. ex l. pecuniam si cert. petat. tenent Menoch. cons. 134, num. 30, & 31, & cons. 139. & cons. 322, num. 39, Flam. de resig. benef. tom. 1, lib. 1. quæst. 3, num. 27.*

8 Fortificanse mas por la clausula referida que diô forma a la nominacion, y eleccion de persona en la segunda vida, y auiendo omitidose por don Bartolome, no puede surtir efecto la pretensiõ de doña Ana su hija. *Probant l. Mæuius, l. qui heredi, ff. de condit. & demonstr. & similes exornant Gironda, de priuileg. seu exempt. explicat. num. 667, Caldas Pereir. de potest. elig. cap.*

cap. 4, num. 30. Rota in impress. per Farin. decis. 515. num. 3. tom. 2, part. 1, Dom. Ioann. del Castillo, controuers. lib. 5, cap. 119, num. 6, & 7, Intrigliol. decis. 21, num. 2, lib. 1, Ioann. Mar. Nouar. quæst. Forens. 40, num. 4, lib. 1. Ioan. Ant. Mangel. de imputat. quæst. 126, num. 11. Y auiendo puesto al fin aquellas palabras: *Y no de otra manera*, que corresponden en Latin: *Et non aliter*, son taxatiuas, y precissas, y que no obran mas de lo que suenan. *Ita Socyn. Iun. cons. 85, num. 28, vol. 1. Menoch. cons. 369, num. 27, & ex l. si quis aliā 46. de solut. l. cum eiusdem 54, de ædelit. edict. tenent Tiraq. de retr. conuent. ad fin. num. 4, Bursat. cons. 194, num. 25, Surd. cons. 217, num. 1, & 20, Pedroch. cons. vnic. de indiuid. num. 655, Decian. cons. 41, quos sequitur Cyriac. tom. 1, controuers. 35, num. 14, & controu. 103, num. 87.*

9 Lo segundo, que es en que estriua la razon de lo inmediato, pende de la consideracion que se ha de aplicar en esta materia de eleccion y nominacion, que al que nombra en el arrendamiento no pone cosa de su casa; porque el nōbrado se reputa estarlo por el Conuento que hizo la concession del molino, y el nombrador solo cumple la condicion, y forma a que se obligó, *l. ex facto, §. si quis rogatus 2, ad Trebell. l. vnum ex familia, §. de falcidia, delegat. 2, & vtrobique DD, Caldas de nominat. lib. 2, quæst. 4, num. 19 & de restit. in integr. gloss. læsis, num. 75, Valençuel. cons. 155, num. 13; Aluarado de coniect. ment. defunct. cap. 2, num. 16, Gutierr. lib. 3, pract. quæst. 55, num. 15, Menoch. lib. 2, de arbit. casu 200, num. 9, Crauet. cons. 122, num. 3, Tiraq. de retract. 1, §. 11, gloss. 6, num. 15, Dom. Ludou. Molina, lib. 2, de primog. cap. 4, in fin. & ibi Addent.* Con lo qual no se cumpliò por don Bartolome de Briones con la forma que el Conuento de Santiago le diò, que es el que tiene la facultad Real de nombrar, y assi se acabó el arrendamiento. *Iuxta gloss. verbo, data esset, in l. institutio talis, ff. de condit. instit. Mastrill. lib. 1, de Magistratib. cap. 18, num. 19. Valençuel. dict. cons. 155, num. 12, & 22. Ponte. cons. 109, num. 23, in 2, de potest. Proreg. tit. de assens. Reg. §. 2, num. 50, Rouit. cons. 104, num. 3, & quia nominans nudum præstat ministerium: Costa, de ratio. ratæ. quæst. 133, num. 9:* Y faltò en no darlo en el caso presente. *Giurb. obser. 40, num. 12, cum seqq. part. 1.*

Y en

10 Y en conformidad de lo aqui referido, se ha determinado en esta Real Audiencia otro caso semejante, como consta del testimonio presentado; y aunque se diga que exẽplis nõ est iudicandum, l. licet de offic. Præsid. cum similib. esso se deue entender en exemplares no buenos; pero en sentencias de tan gran Senado, el exemplo sin riesgo se propone como cosa juzgada en este caso, por ser ajustado a reglas de derecho, vt *ex cap. 1, de re iudic. lib. 6, tenent Gemin. & Franc. ibidem Cæpoll. consf. 18, col. 3*: Y mejor quando contuuiera duda; *Bart. & Salicet. in l. nemo, C, de sent. & inter. Alex. consf. 18, num. 7, lib. 6, Tusch. lit. E, conclus. 549, num. 3, & 4, & 5.*

11 Lo tercero que se pondera en quanto a las mejoras pretensas, demas de tener el Conuento fundada su intencion en las clausulas, y condiciones contenidas en la escritura, de que se hizo mencion arriba, y por lo repetido en su renunciacion, quando caso negado huuiera hecho algunos labores nueuas en el molino don Bartolome, no le competia a sus herederos retencion por ellas; porque desde su principio estàn renunciadas, y condonadas, *ex l. adeó 7, §, ex diuerso. de acquir. rer. dom. l. donari 82, de reg. iur. l. 4, §, 1, de alienat. iudic. mut. caus. fact. Iul. Clar. dict. §, emphyteusis, quæst. 45.* Et eo ipso, que muriô don Bartolome, sin nombrar en la segunda vida, hizo donacion de quanto auia fabricado en el molino. *Ita Ant. Fab. in suo C, tit. de iure emphyt. diffinit. 13.* ibi: *Emphyteuta si re emphyteuticaria, quam meliorem fecerat cedere domino velit, vt se liberet aprestandi Canonis annui necessitate, nullam sumptuum à se factorum habere potest repetitionem, quoniam ad hoc ipsum emphyteusim acciperat, vt rem meliorem faceret, sibique imputare debet, quod meliorem factam velit vltro derelinquere ita, in eadem causa:* A esto haze lo que ponderó Bartulo en el text. *in l. 3, §, si aquam, de aqua quot. & æstiua*, remitiendose a la Glossa, que si el rio se lleuaua, y destruia el molino, de suerte que el sitio se reconocia quedar del dueño del, que aunque otra persona lo pusiesse en su antigua forma, podia la Iglesia recuperarlo como emphyteutico.

12 Y que el emphytecta teneatur ad refectionem furni directi, & non dominus firmat neruose *Natt. consf. 377*, quẽ

sequitur

sequitur Arism. Tepat. var. sent. tit. 366. *cap.* 18. Y quãdo son bienes Eclesiasticos, y se debueluen a la Iglesia, que no tiene necessidad de satisfazer mejoras, afirman *Fulgos. cons.* 9, *incipit Abbas Monasterij, per totum, & Flor. de Sanct Petr. cons.* 1, *n.* 14. Y quanto don Bartolome hizo, fue adereçar el molino, para que frutificasse (cargo que le tocaua) pues gozaua de sus frutos. *Caualcan. de vsufr. num* 162. *Cephal cons.* 636, *nu.* 55. *Cæpol. de seruit. rust. prædior. cap.* 3 *num.* 47. *Garcia, de expens. cap.* 11, *nu.* 46 Y la distincion de *Bald. in l. vsufructu, §. hactenus, ff. de vsufruct.* es adaptada, *aut impensa versatur circa rem ipsam, & pertinet ad proprietarium si est magna, aut circa rem extraneam in qua consistit fructus, & tunc siue sit modica, siue magna spectat ad emphytectam, aut ad vsufructuarium ad laté dicta per Cyriac. controuers.* 125, *per totam. Ioseph. Ludou. decis.* 64, *num.* 27.

13 Y auiendose conuenido en que no se auian de repetir, fue parte de precio del arrendamiento del molino, que merecio mucho mas del destajado, sino huuiera esta renuncia, y por esto no puede auer retencion por mejoras. *Ad tradita per Gammam, decis.* 75. *per totã, & decis* 333, *num.* 3, & 4. *Bravus, decis. nouiss. Rom.* 208 *nu.* 1, *part.* 2, *vol.* 2, *sequitur Camill. Borrel. tom.* 1, *in sum. deciss. dict. tit.* 33 *num.* 226. *Bart. in l. iubemus, §. fin. C, de Sacr. Eccles. Ias. in l.* 2, *nu.* 28, *C, de vera emphyt. Menoch. de recup. dict rem.* 15, *num.* 504 *Riminal. Iun. cons.* 384, *num.* 50. *Socyn. in l. diuortio. num.* 12, *ff. solut. matrim. Gabr. cons.* 168 *quæst.* 16 *num.* 86, *cum seq. Præposit. in cap* 1, *§. si vassallus in princ. vers. nisi ex pacto, & ibidem Balzaram. num.* 5, *col.* 2, *in fin. tit. hic finit lex. Capic. in inuestit. feud. cap. feudorum augmenta, col.* 1, *§, limita* 3. *Ias. in l.* 2, *num.* 28, *C, de iure emphyt. Paris. de Put. de reintegr. feudal. cap.* 13, *num.* 6, *cum seqq. Pinell. in l.* 2, *part.* 2, *cap.* 3, *num.* 10, *C, de rescin. vendit. Ioseph. Ludou. decis.* 24, *num.* 16 *part.* 1, *Schrader. part.* 2, *de feud. part.* 9 *sect.* 2, *num* 62, *limit* 5. *Menoch. dict. remedio* 15, *num.* 504, *ex l.* 1, *§, si conueniat, ff. depositi, & ex l. contractus* 29, *ff. de reg. iur. Henric. Rosental. in tract. de feud. cap.* 10, *y* 43, *nu.* 78, ibi: *Quia dominus rei suæ legem, quam voluit imponere potest, l. in re mandata, C, mandati; l. nemo exterus* 9, *C, de iudic. forte alioqui tale feudum tali verô non daturus, &c.*

14 Conduze al proposito la clausula de la escritura, en

que se le propuso a don Bartolome de Briones; que luego que entrasse en este arrendamiento, auia de cubrir la caualleriza del molino, y otras obras que acetó, y a que se obligô con contrato executorio, con lo qual estamos en los terminos que ponen los DD. comunmente, *in l. dominus horreorum 55, §, 1. l. colonus 61, ff. locati, l. suo victu. 18. de oper. libert. & in l si non sortem, §, libertus de condict. indeb.* De manera que el molino se le diô, y lo recibiò para mejorarlo, y repararlo, y no deue repetir estas obras, ni les compete retencion por ellas. *Laté per Matth. de Afflict. in dict. cap. 1, §, si vassallus, num. 6, hic finit. lex. quem sequitur Valentini. Forster de success. feud. lib. 3, cap. 20 num. 11, & 12. Garcia, de expens. cap. 6, num. 12, 20, & 21. Surd. decis. 78.* & tenetur ad interesse si ædes non refecit, nec que laria tecta; que conseruauit argum. *l. si finita 15, §, si de vectigalibus, ff. de damno infect. & eorum quæ not. Bal. in dict. l. 1, & ibi Ias. num 25, C, de iure emphyt. & in l. domos de legat. 1. Cauale. dict. tract. de vsufruct. num. 161. Garc. cap. 12, num. 52. Rosental. de feud. cap. 10, conclus. vlt. num. 46.*

15 Tambien han faltado los herederos a la probança de mejoras en el molino, por padecer los testigos que presentarō su q basta para no darles credito, ni fé, por lo inuerosimil de sus dichos, *ex l. 31, §, ideoq; in fine, ex testib. Do. Couar. var. li. 1, cap. 1, num. 2, vers. sexto ex coniecturis. Crauet. de antiq. tēpor. part. 1. 8 quarto limit. n. 40, latissime per Ant. Gabr. commun. tit. de testib. conclus. 4. n. 28, & seqq. Rota Lucens. decis. 43.* Cotejado cō las declaraciones de los Maestros mayores Architectos nombrados por las partes, a quien precissamente se ha de creer *Aretin. cons. 83, Curt. Iun. cons. 166, num. 10. Bart. in l. de atate, dominos DD. in cap. proposuisti, de probat. Mascard. de probat. conclus. 1041. num. 15.* por lo vniforme de las deposiciones, *dict. §, ideó Greg. Lop. in l. 28, gloss. 3, tit. 16, p. 3.* Y tambien estàn conuencidos los dichos testigos, no solo con el parecer de alarifes, como và dicho, sino tambien con la visita de los molineros, a quien assiste la verdad. *vt ex l. hac edictali, §, his illud, C, de secund. nupt. tenent Rosent. de feud. cap. 43, num. 170* pues deponen temerariamente en la 7. y 8. pregunta, que don Bartolome de Briones comprô vn assiento de piedras, que se

pusie-

pusieron despues de su muerte, y que valian 1500. reales. Y que las ocho piedras que estân en los quatro asientos valen de presente 200. ducados mas de lo que valiá al tiempo que entrô en el molino el dicho don Bartolome de Briones: y esto es contra toda verdad; pues los dichos Maestros molineros apreciaron las dichas dos piedras nueuas en 1050. reales, con q̃ ay diferencia 450. reales, y apreciarõ todas las ocho piedras, en que entraron las dos nueuas en 2425. Y assi no es creible que valiessen al tiempo que entró el dicho don Bartolome las ocho piedras solos 225. reales, mayormente quando de las ocho piedras solo han dexado de seruir las dos, y las seis siruen, y estàn puestas, y apreciadas por los molineros en 1375. reales; y quando entrò en el molino el dicho don Bartolome, valian mucha mas cantidad, pues con el curso de quinze años estaràn gastadas, y tienen menos valor; cuyo daño deueràn satisfazer los dichos herederos; con que no ay mejoras de 200. ducados en las piedras, ni de cantidad alguna, como menos bien articularon, y afirmaron los dichos testigos: como quiera que los molineros, ni los Alarifes declaran q̃ estã mejoradas en cantidad alguna, ni lo estàn, como vâ dicho, por donde no se le deue dar credito a los dichos testigos, assi en esto, como en razon de lo que dixeron por el tenor de todo el interrogatorio, *ad tradita per Castillum in l. 83. Tauri, num. 3.* Y finalmente, no concluyen los dichos testigos lo que es necessario para considerarse mejorado, y solo refieren los gastos que les parece hizo en el molino don Bartolome de Briones, sin dezir en que tiẽpo, y lo que despues dellos lo gozô, y desfrutò, ni quanto duraran en forma de mejoras sin diminucion, que todo esto era precisso, y no se ajusta por las deposiciones: y es lo que enseña *Bartulo, in l. domos 61. delegat. 1,* a saber, *si expendit 100, emphytecta, & postea super vixit, tempore restitutionis non sunt æstimandæ meliorationes iuxta expensum, sed iuxta quod de præsenti valent, & possunt durare sequuntur Angel. ibi, num. 1, & 2. Cuman. in prin. num. 1. Alex. num. 2. Ias. num. 4. Vincen. de Franch. decis. 109, nu. 1, & 2. Boer. decis. 44. num 12, & 13. Ioann. Garc. de expens. & meliorat. cap. 24. Ant. Thesaur. decis. 231, num. 4. Mazer. in epitom. fideicommiss.*

commiss.3 part. quæst 65, num. 18. Valasc. de iure emphyt. quæst. 25, num. 18. Domin. Ludou. Molina de Hispan. primog. lib. 1, cap. 26, num 13. Iacob. Menoch de præsumpt. lib. 3, præsumpt. 32. Y aun no falta quien diga, que si se gastaron ciento, y al tiempo de la restitucion valen 200. que no deue el dueño resarcir mas de los 100. *Vt refert, & sequitur habentes istam opinionem Franchus vbi proxime, num. 5.* Ea nempè ratione, quia factæ sunt vna cũ ipsa re emphyteutica, & nec debent auelli, nec de facili cognoscitur earum valor. *Gabriel, cons. 80, num. 26, vol. 2. Bursat. cons. 80, num. 35, & cons. 89, num. 46. & cons. 85, num. 30, cum alijs Surd. decis. 79, per totam. Dom. Molina, lib. 1, de primog. dict. cap. 26 nu. 11. Amicis de iure emphyt quæst. 47, & laté per Hodiern. ad Surd, decis. 160.* Asi concluyen los DD. que mejoras son de dificultosa prouança. *Bal. in Rub. C. de fide instr. num. 34 Dec. in l. 1, C. de edendo. Mascar. de probat dict conclus 1041 num 5.*

16 Hazese euidente lo inmediato aun con el parecer de los Alarifes nombrados por las partes, que es el mas ajustado, y se suplica a V. S. lo mande leer a la letra, que es importantisimo, y con q̃ se desuanece la pretẽsiõ delas afectadas mejoras, pues sobre q̃ firmã los dichos Alarifes, q̃ las obras que son fabricadas de catorze, o quinze años, las aprecian de aquel tiempo, y no del estado que tienen al presente, en que pueden no ser mejoras, ni tener estimacion alguna: y asi los tres mil reales de vellon q̃ en solamente las estimarõ, porq̃ lo demas dizen q̃ fue dela obligaciõ del dicho dõ Bartolome, no se fundã congruẽtemente, y se puede sin escrupulo dezir, q̃ han sonado mejoras en el processo, pero q̃ no basta esto para que se tengan por tales, y merezcan la retenciõ que los herederos intentan, *ita Cuman. cons. 102, in fin. Cagnol. in l. quatenus, ff. de reg. iur. Ambros decis. 28, num 8. Contard. in l. 1, quæst. 24, num. 3, C. si demom poss. fuer. appell. Rota diuers. decis. 11, num. 2, lib. 1, part. 3. Garcia, de expens. cap. 7, per tot. Paul. de Castr. cons. 270, num. 4, lib. 2. Caualc. deciss. 39, num. 26, & 49, part. 2, & decis. 28, nu. 2, & 3, part 1. Put. decis. 471, lib. 2. Peregr. de fideicom. art. 50, num. 54. Franchis, decis. 112, num. 10, & decis. 191, num. 8, & vtrobique. Addent. Dom. Ioann. del Castill. de vsufr. cap. 57, num. 17 Gutierr. Canonic. part. 2, quæst. 68, num. 7.* Mayormente, que en

el molino no se ha aumentado asiento, ni piedra para poder moler mas trigo, que es lo necessario para constituir mejora, segun rason, que resoluió la duda de vn emphyteucta, que justamẽte se escusaua de pagar mas precio; porque alegaua el dueño del molino, que auia aumentado mas asientos Ex doctrina Alberic. *in l. Rutilia Polla. de contrah. empt. in l. ius ciuile, 6, num. 22. de iust. & iure*; y solo hizo desasolnos, y reparos, de que se han aprouechado, y seruido en el arrendamiento, y fueron de su precissa obligacion, aunque no se huuiera paccionado, como lo dizen los Alarifes, que en esto se asimila el emphyteucta al vsufructuario: *ad dict. per Tusch. lit. E. conclus. 218.* Y no se presumen mejoras si no se prueuan. *Mascard. de probat. conclus. 1014. num. 4. Menoch. de adipisc. rem. 15 num. 567. Rota diuers. part. 1, decis. 398, num 4. Peregr. de fideicom. dict. art. 50, num. 54. Scapuc. de salu. interd. lib. 2. quæst. 24, num 1.* Y quãdo huuiera algunas, q̃ se niega, vienen a ser tan de poca consideracion, q̃ con los frutos quedã extinguidas: Tradunt Sebast. de Medicis, *de compens. part. 1, quæst. 10, num. 31. Florian. cons. 1, num. 3, & in l. arborib. & in l. proculus, §. 11, arbores, de vsufr. l. 41, vbi gloss. 5, tit. 44, & 28 part. 3, vbi Greg. l. sumptus vt gloss. fin. l. emptor 65, vbi gloss. ff. de rei vindicat. Aluaro Velasco consult. 25, num. 18. Gracia. de expens. cap. 14, num. 13. Surd. dict. decis. 78, num 20.*

17 Quando cessara, que no cessa, lo referido, en que no ay mejoras en el molino, y en lo que le pertenece ay daños, y menoscabos en mas cantidad, que son 3600. fuera del daño de las piedras, visto es, que en las mismas cosas no es compatible, en diferentes se admite compensacion en la concurrẽte cantidad; *ex l. si negotia 12. & ibi Bart. ff. de negot. gest. Bal in l. 3. num. 14. C. locat. Albert. Brun. in tract. de augm. conclus. 22. & in tract. de diminut. conclus. 22. Sim. de Prætis, de interpret. vlt. volun. dubit. 5 conclus. 5. num. 27. lib. 3. Mascar. de probat. conclus. 1040. num. 11. vol. 2. Corn. cons. 67. num. 11. vol. 2. Dom. Ludou. Molin. lib. 1. de Hispan. cap. 27 num. 6, & 7. Intrigliol. in cent. feud. quæst. 59 num. 14. Dec. in Auth. qui rem. num. 13 & ibidem Ias. num. 8, C. de Sacros. Eccles.* Con que los herederos deuen al Conuento los reparos de que necesita el molino en lo que valen mas.

D Laté

Laté per Rosental. dict. cap. 10. *de cauf. ex quib. feud amitt. conclus.* 43 *num.* 86 *& seq. cum gloss. lit.* XXX. Y no fuera temerario el dezir, que en el negocio presente, auiendo tantos menoscabos, se considere culposo el emphyteucta, y no se le admita compensacion, y pague enteramente los daños *ad tradita per Dom. Molin. dict. cap.* 27. *dict. num.* 7.

18 Y no obsta el argumento que se haze por doña Ana de Briones, en orden a que tiene nombramiento desu padre en el arrendamiento del molino para la segunda vida; porq̃ los duplicados que estàn en el processo, demas de no originarse del testamento de don Bartolome de Briones, que hasta aora no parece lo aya otorgado doña Ana Maria de los Rios su muger, a quien diò poder general, sino solo vsado de la comissíon en nombrar segunda vida, no le puede aprouechar la generalidad de su contextura, quando especialmente auia de contener el señalar persona cierta, o incierta de ciertas, y se manifiesta por las mismas leyes destos Reynos, de que se vale, y por la 31. *de Toro, quæ est l.* 5. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recopil.* donde se ordena, que el comissario que tuuiere poder para testar, no pueda nombrar heredero, ni hazer mejora de tercio, ni quinto, ni exheredar, ni substituir, ni pueda dar tutor a los hijos del testador, saluo si el que le dió el poder para hazer testamento, nombrô heredero por su nombre, o dandole poder para que nombre al mismo: y este se llama poder especial, y singular, *iuxta dicta per Alex. cons.* 189. *lib.* 7. *Vant. de nullit. ex defect. mandat. num.* 96. Y en quãto a las otras cosas mencionadas, señalando para que dà el poder, que se requiere especial.

19 La razõ es, porque estos son actos personalissimos, y no quiso la ley que sus declaraciones se cometiessen a otra persona, ni diessen los testadores poder, ni facultad, si no es especificandolos, y señalandolos, y la execucion dellos se pudiesse cometer. *Vt tenent omnes Regnicolæ in prædictis l. dict. tit.* 4 *dict. lib.* 5. *recop.* Esta misma razon milita en el caso presente, pues los contrayentes se pusieron ley, y el Conuento como dueño quiso que don Bartolome señalasse persona en la segunda vida del arrendamiento por contrato, o por testamento.

184

mento. Y no es nueuo que el contrato, y tan estrecho como este, haga ley por la conuencion de los otorgantes, *l. lege, ff. de pact. conuent. l. 1. C. de oper. libert. cum simlib. cap. 85. de reg. iur. lib. 6. Surd. cons. 34. num. 24. Caldas, de renou. emphyt. quæst. 11. num. 19. Tusch. pract. lit. C. conclus. 980. Rota, apud Seraphin. decis. 787. Pichar. ad §. si quis alium inst. de inutil. stipul. Ludou. Cenc. de censib. part. 2. cap. 1. quæst. 3. art. 8. num. 29. Intriguol. decis. 36. nu. 22.* Ampliando este axioma etiamsi vltrà, vel præter naturã contractus fuerit conuentum. *Rota in impress. per Farin. decis. 415. num. 4. tom. 1. part. 1. dict. l. 28. tit. 8. part. 5.* Con que se formò esta nominacion personal, y deuió señalar persona don Bartolome, en quiẽ quedô libiada, y assi no se pudo señalar, ni nombrar en virtud del poder general que dexô a su muger para testar, en cuya consideracion assimiló este acto de elegir vidas Caldas, *de nomin. emphyt. quæst. 6. num.* 21 ibi. *Qua ratione passim interpretes nostri negant per procuratorem adiri hereditatem posse, quia consistit in animo, & voluntate adire debentis, quæ voluntas committi alterius voluntati non potest, l. sicuti, ff. de arbit. tradit Barbat. latè in Rubr. C. que admitt. an 129. Crot. in l. non solum, §. morte, ff. de nou. oper. nunc, num. 36. & ibi Rub. num. 186. cũ seq. Duar. lib. 2. disp. cap. 27. qua ratione nec hæredis institutio, nec executoris testamentarij constitutio, aut datio tutoris per alium exerceri potest secundum quod Hispani interpretes tradunt in l. 31. Tauri, nec alijs committi possunt gloss. in l. quidquid adstringendæ, ff. de verb. oblig. &c.* Con lo qual no auiendo dado poder don Bartolome de Briones para nombrar, ni especial, y singular, ni especial solo, se caducò el arrendamiento, y consolidò el dominio vtil con el directo. *DD. in l. lex vectigalis de pignorib. Bart. in l. in diem, §. fin. de aqua pluu. arcen. Menoch de retin. poss. rem. 4. num. 31. quos, & alios laudat. Caualcan. decis. 29. num. 8. part. 2. Dominus Villa vbi supra.*

20 Tum, porque el Conuento eligiò la persona de don Bartolome de Briones, y su capazidad, e industria, para que nombrara en la segunda vida, y no pudo don Bartolome cometerlo a otro juizio. *l. inter artifices 31. ibi. Hoc specialiter actũ est, vt suis operis id perficiat: fideiussor ipse ædificans, vel forsam fodiens non consentiente stipulatore non liberat eum. Ponte, decis. 28. num. 6.*

uum.6.& 7.Rouit.decis.72. num.35. Y assi no es transmissible. *Ant.Gom.2.resolut.cap.11.num.7.& 8. Caldas, de nominat. emphyt.quæst.7.num.18. Costa, de patruo, & nepot fol.103. Domin. Larrea, decis.31.num 22.* Y por lo que tiene de personal, *l.quis tale, vbi Alex. Barbos.& alij, ff. solut.matrim.l.licitatio, §.mercatores, de publican.& vectig. Ponte. cons.18.num.12.& cons.1.num.65.part.1 Gutierr. de tutel part.2.cap.16. Cephal.cons.321.num.35.Sixtin. de regalib.lib.2.c.6. Noal. de transmiss.c.28.n.138.* (Y era tã necessaria la declaracion de don Bartolome, q̃ aunq̃ la huuiera hecho en testamẽto, que se determinasse por ninguno, nihilominus la nominacion de persona, auia de subsistir, y tener validacion. *Auth ex causa, C. de liber. præter. Valazc. consult. 61. num.10.& 11. quoniam ex actu nullo declaratur voluntas, l. fin. de reb.eor. Curt. Iun cons.134.num 6. Crauet.cons.113. nu.6. Caualc. decis.35.num.233.part.2.)* Y no se puede dudar que el nombrar segunda vida quedó deferido a la voluntad, e industria de don Bartolome, assi por lo conuenido, y la forma que se puso en la escritura, y clausula irritante al fin della, como por el negocio de tanta consideracion, y que miraua a cosa incierta, que auia de declarar por contrato, o por testamenmento. *Ita ex l. vnic. § ne autem, vers. sin autem in faciendo, C. de caduc.toll.tenen. Paul Orian in l 1 num 42 & 43. Riminal. nu.77. de offic.eius. Beroius, cons.5. Bursat.cons.86.num.24. Menoch. cons. 93 num.36.& lib.6.præsumpt.92. Gratian. discept. forens.155. n. 15.& decis.157.num.10. cum alijs per Cyriac.controuers.115. nu.4. cum seqq.& contron.156.num.24 tom.1.*

21 Tum, porque esta facultad de nõbrar, y señalar persona, no naciõ de derecho proprio de don Bartolome, sino del Conuento, en cuya consideracion no se pudo hazer el nombramiento en virtud del poder general para testar, y el nombrado entra en el arrendamiento por voluntad, y consentimiento del Conuento de quien lo recibe, y no del nombrador, como se dixo arriba, y se prueua *ex latè traditis per Domin. Molin. dict. lib.2. de primog. dict. cap.4. num.5.* Con que entramos en la distincion que pone en el numero 62. y aprueua su Adicionador con mucho numero de DD. que si la facultad de nombrar se origina de derecho proprio del nombrador,

brador, podrà cederla, y transmitirla general, o particularmente; pero si la tiene por derecho de otro, y ageno, no puede traspassarla, ni dar, ni ceder esta facultad. *Ex l. si ita stipulatus 76. & l. fin de v. oblig l. seruus, si haeredi, de statu liber.* Porq el Cōuento hizo confiança de don Bartolome, y no de otra persona, y assi se conuinieron: a que conduze lo que dize *Bald. in dict. l 76.* ibi: *Quaedam enim sunt merae facultates: quaedam mixtae cum iure. & isto casu fit transmissio, sed primo non.* Bien ajustado al caso presente, donde solo se le concediô a dō Bartolome de Briones la facultad de nombrar en la segunda vida en la forma referida en la clausula, y no de otra manera, que fue vn mero hecho que no pudo celebrarse, sino por su mismo juizio, especificando persona que sucediesse; y esta eleccion, o mejora en doña Ana de Briones, no quieren las leyes destos Reynos que los Comissarios, en virtud de poderes generales para testar, corran, si no es quando los testadores las señalaren, y nombraren. Y esta doctrina es de Bart. y la aprueua Alexandro, *in dict. l. si stipulatus, num. 9,* ibi: *Item in quantum concludit Bart. hic in fin. quod ad hoc, vt procurator possit eligere, non sufficit generale mandatum allegat. l. si is qui, & ibi hoc etiam tenet Angel. sup de procur. qui text. concludenter non probat; vndê melius videtur probare per rationem, quam ponit Bar. hic allegat l. is qui, sup. de fide libert. & not etiam Bar. in dict. l. inter stipulantem. §. 1.*



22 Y aunq no es semejāte al caso presente el q refiere el señor dō Ioseph Vela, *en su 1. tom. discept. 16. desde el n 31. cū seqq.* en vn arrendamiento vitalicio de vna casa del Hospital del Espiritu Santo, que concediò por dos vidas a Christoual de Flores, el qual hizo traspasso en otra persona, con facultad, y poder especial para nombrar en la vltima vida, y muriô antes que este hiziesse el nombramiento; con que se declarò auerse extinguido, y no subsistir el nombramiēto hecho despues de la muerte del mandante por executoria de esta Real Audiencia, con todo es de mucha erudicion lo que cōduze en orden a que esta facultad de nombrar no es transmissible, sino muy personal, mayormente quando ay la clausula de la escritura puesta num. 1. contra Burgos de Paz, *in l. 1, Tauri, num. 428,* y otros que llegaron lo contrario, y que se transmitia al heredero; y aunque en el Reyno de Portugal

se obserua por su *Ordin. tit. 62. in prin. cuncto* §. 3. Es exorbitante, y contra principios del derecho comun, y que se restringe en bienes de Iglesias, en que el Principe secular no dispone. *Ex Emman. de Acosta, & Cald. Pereir quos sequitur ibi, num. 39. in fin.* Como quiera que esta question, y disputa cessa, y no tiene lugar en el caso presente, respeto de la dicha clausula, ibi: *Por la vida de la persona que nombrare, con que no baste ser su heredero en sus bienes, si expressamente no fuere nombrado ante Escriuano, y no de otra manera.*

23 De aqui se induze, que no puede ayudar a la dicha doña Ana de Briones el text. *in l. vlt ff. de solut.* en que su Abogado funda su intento, y defensa; porque ni el vn caso, ni el otro que alli se ponen por el Consulto Paulo, se ajustan al negocio presente, y para su inteligencia no es necessario el juizio que hizo Iacobo Cujat. *lib. 1. obseruat.* 38. emendando, o mudando sus palabras, sino el de la *gloss.* y *Paul de Castr.* que dizen en el primero, que vn Acreedor mandò a su deudor le pagasse a vn tercero, entre los quales se estipuló, y paccionô; *morte vel nolluntate creditoris,* no se embaraça esta cobrança, porque de la acetacion, y estipulacion se le adquiriò derecho independiente ya del acreedor mandante; cõ lo qual *re integra* no se extinguiò con su muerte el mandato, ni la vida, ni la ficcion era necessaria para el pagamento. En el segũdo no huuo obligacion, ni estipulacion, sino solo vn simple mandato del Acreedor a su deudor en orden a que pagasse a vn quidam, entonces *re integra mortuo, aut inuito creditore,* no es legitimo el pagamento, porque cessò el poder, y se reuocò con qualquiera de los dos actos; y si no los supo el deudor, pagô bien, *ex l. inter causas* 26. §. *si quis debitori suo, ff. mandati, l. cum pater* 77. §. *Mæuio, ff. de legat.* 2. Y a la vltima propuesta desta ley, se acomoda bien quanto el señor dõ Ioseph Vela conduze en su discreta diceptacion referida, para que se entienda que quando se vsa destos poderes, es menester que viuan los otorgantes, o ratifiquen los nombramientos, *gloss. & DD. in l. Paulus, de acq. hæred. Caual decis.* 30. *n.* 2. pues funda q̃ aunq̃ aya poder especial para nombrar, no auiendolo hecho el mandatario viuente emphyteucta, se extingue el arrendamiento. Y la primera parte de *dict. l. vlt.* antes es en fauor del

Con-

Conuento, porque à lo estipulado entre los otorgantes, llama ley de obligacion, q̃ es lo que pretende el Conuento se guarde, y obserue la dicha clausula dela facultad de nõbrar segunda vida, o por contrato, señalando persona don Bartolome, por si, o por Procurador, con poder especial, y vsando del en vida de don Bartolome, porque en estos actos se requiere en el mandante con sentimiento verdadero, y que dure hasta que el mandatario lo execute, y auiendo muerto antes, queda reuocado, y no puede obrar el mandatario, es celebre doctrina de Baldo, *in cap. audita. de restit. spoliat. num. 4.* ibi: *Quia in istis actibus requiritur cõsensus domini verus perseuerans, & non fictus.* Y en esta autoridad, aunque no la refiere el señor dõ Ioseph Vela supra, se fundô la executoria desta Real Audiencia, o por testamento, señalando persona, o dando poder especial, y singular al Comissario, para que nombrasse, no verificó cosa alguna, y vsa doña Ana Maria de los Rios del poder para testar por su marido, como si no huuiera sido para este efecto, sino solamente para nombrar en la segunda vida, con que faltò antes la de don Bartolome, y no se puede fingir que viuia por la razon referida de Baldo, ni quãdo se fingiera podia tener efecto la ficcion, porque luego que murio don Bartolome, sin auer nombrado en la segunda vida, se consolidò el dominio vtil del molino con el directo del dicho Conuento, y en perjuizio deste derecho que se le adquiriò, no se dà ficcion, ni retrotracion, por estar embaraçado el medio, *l. si patrem, §. fin ff. quemadmodum seruit. amittant. Felinus, in capite sicut tuis, versiculo suppono extra de simoni. Alexand. Trentacinq. lib. 2. variar. tit. de procurat. resolut. 9. num. 5. Surd. decis. 245. num. 8 Offusc decis. 119. num. 25 Decius, cons. 264. à num. 5. cum seqq. Rimin. Iun. cons. 201 à num. 55 Gratiano discept. 557. num. 118. Bart. in l. is qui pro emptor. de vsucap. num. 4. Matien in l. 10. gloss 3. n 16. tit. 8. lib 5. recop. vbi omnes tenent*; que la ficcion, y ratihabicion nũca obrarà, *nec retro trahitur in praeiudicium tertij, cui medio tempore ius, quaesitum fuit.*

24 Y menos obstà lo segundo, y vltimo en las pretensas mejoras que procuran los herederos; porque demas de lo q̃ el Conuento tiene fundado en este particular, *vt non intelligãtur meliora menta, nisi qualitas rei est mutata, & bonitas aucta.* Iuxta

dicta

dicta per Natt. cõs. 6 1. Tepat. var. sent tit. de meliorat. c. 10. vers. 3 Y quando las huuiera en el molino, que no ay, quedaron renunciadas, y cedidas al Conuento, y consolidadas cõ su propriedad, sin que se puedan valer de aquellas palabras que se repiten en vna de las condiciones de la escritura, *En fin de las dos vidas*, porque demas de que en las demas condiciones se dize, *En fin del arrendamiento*, y este se acabó vt dictũ est, no por esso dexã de quedar renũciadas, y cõdonadas las hechas en la primera vida, pues en lo demas està embeuido lo menos, *l. 1. § si stipulãti, de V. O. cũ simil. tradnnt Tusch. lit. S conc. 885: Pichar. in §. prætereà, n 8 inst. de inutil. stip. Ioan. Mar. Nou. Forẽs. lib. 1. quæst. 24 num. 4. cum seqq.* Demas, de que este hecho no sucediò por causa, ni culpa del Conuento; y assi no merece q̃ saque pena de priuacion de mejoras, si las huuiere, que no ay *l. siputator, ad leg. Aquil. Rodalphin. var lib. 2. quæst. 44. num. 7* Y por aquellas palabras de la clausula, ibi: *Y desde luego hazen donacion irreuocable de todas ellas, &c.* No se deuen admitir a la pretensa retencion, que todas quedaron embeuidas sin limitacion de tiempo: *ex l. Iulianus in prin. de leg. 3, l. hac art. de hæredib instit. l. Pediculis, §. labeo de aur. & arg. leg. exornat Ouid. de Amic. de iure emphyt. quæst. 79. num. 2. Surd. cons. 453. num. 44. Mari. Anton var. lib. 1. resolut. 70. num. 18.* Y quando no estuuieran condonadas en su principio, solo con no auer nombrado dõ Bartolome, y remitido la segunda vida, se entiende auer remitido tambien las mejoras, *iuxta Ant. Fab. in suo C. præcit. diffinit 13.*

25 Ni lo que procuran cerca de auer puesto piedras nueuas en el molino, fundados en la *l. fin. C. de alluuionib. & palud.* viene a ser aumento, ni mejora; porque demas de estar renunciado todo, fue de la obligacion de don Bartolome el entregar, y tener el molino corriente, y no podia ser, sino era quitando las piedras que no seruian, y se auian gastado con el tiempo, y subrogando otras, cosa que aun no conuenida, ni estipulada, era precissa la renouacion por el dicho don Bartolome, y asi es reputado por impensa, y gasto necessario, que si no se huuiera hecho, no fuera molino, o se huuiera puesto de mala calidad, *ex l. impensæ de verb. sign. & ex l 1. ff. de impens.* Tiene este sentir *Ant. Peregr. de fideicom. dict. art. 50. num. 1.*

*num.1.& 2.*ibi: *Necessarias impensas considerari, duobus modis tam respectu rei desiderantis impensam fieri, quam respectu possessoris facere debentis, cum res sic expostulat, & plenè declarauit Bart. in l. 1. §. 1. ff. eod.* Es al proposito buen *text in l. colonus 61. ff. locati.* Donde dize el Consulto Scæuola, que si no huuo conuencion de que el colono plantasse viñas, y las plantô y redundô aumento en la renta perpetuo, conseguirà lo gastado; de que se saca argumento fuerte, q̃ si houo conuenio en que auia de plã tar viña, no sacarà los gastos de la plantacion, ni mejoras, que se ajusta al negocio presente, *l. 24. tit. 8. part. 5.* ibi: *Fueras endesi en el pleito del arrendamiento fuesse puesto, que fiziesse de lo suyo tales labores, y mejoras, &c. Garcia de expens. cap 14. num. 16. Cũ alijs Giurba, in consuet. Messan. cap. 15. gloss. 12. num. 26. & 27.* y mas no auiendo aumentado paradas, assientos, ni piedras, sino solo dos piedras que se pusieron despues de la muerte del dicho don Bartolome, en lugar de otras dos que estauã, y seruian en el molino, quando entrô el dicho don Bartolome a gozar del, que con el tiempo se gastaron, y deterioraron, ni lo que aprecian los molineros, porque fueron las piedras, y peltrechos, las quales las recibió don Bartolome molientes, y corrientes; y assi al tiẽpo del arrendamiento no se deuen considerar por mejoras, siẽdo impensas necessarias de la obligacion del arrẽdatario vitalicio: *ad tradita per Paul. Castr. cons. 247. col. pen. lib. 1. Scott. cons. 7. lib. 1. Ruin. cons. 157. num. 21. Alciat. cons. 69. num. 20. lib. 9.* Y de la suerte que el vsufructuario, si se sacan algunas vides, o arboles, tiene obligacion de plantar otros en su lugar, *l. argu l. hactemus, ff. de vsufr. l. 22. tit. 31. part. 3.* de essa misma està obligado el emphyteuta a subrogar las piedras, y el que se inuela algo mas no viene en consideracion para constituir aumento, y mejora, *vt latè tradit Garcia dict. tract. de expensis pastũ, & in cap. 22. n. 7. cum alijs congestis per Rosental. dict. cap. 10. de feud. conclus. 2 lt. num. 47 cum seqq.* Y mas obrando en virtud de lo prometido, y estipulado, de que no se admite recompensa, *vt tradunt Bal. in l. licet, num 6. C. locati, ex l. fideicommissa, §. si quis decẽ delegat. 3. Alex. cons. 190. col. 1. vers. benefacis lib. 2. latè per Vincent. Carroc. de locati 4. part. tit. de expensis, quæst. 4. num. 8.*

 Et

26 Et non obstat *d. l. fin. C. de alluuion. &c.* porque solo comprehende labores nueuas, y mejoras conocidas, y patẽtes, y perpetuas, que todo falta a los herederos, y mas estando condonadas, y solo son vnas impensas necessarias, y de su obligacion en orden a que el molino estuuiera corriente, *iuxta latè dicta per Rolan. cons. 83. per tot. vol. 4. & per Rosental. dict. conclus. vlt. num. 4.* Y si huuiera algo de mejoras en el molino, lo menos se deuiera a los herederos, y a los testigos, y personas que ajustan, y deponen de la menor cantidad, que en el caso presente son los Alarifes, vt dictũ est num. 15. se deue dar entero credito en fauor del Conuento; *idem Roland. cons. 28. num. 11. lib. 1. quem sequitur Magen. decis. 81. in fin ibi, ad fauorem enim domini directi in melioramentorum refectione, quod minimum est, semper sequi debemus; & quod testibus de minori summa deponentibus magis credatur quam de maiori asserentibus, tradit Hercul. de probat. negat. num. 254. Rursat. dict. cons. 99. num. 7. & Beroius consilio 102. num. 35. lib. 3. congerit infinitos. Giurba in Mensan. 5. cap. 27. dict. gloss. 12. num. 7.* Y pareciendo, y auiendo tantos daños, y reparos, de que tiene necessidad el molino, que los Alarifes apreciarõ en 3600. reales, fuera del daño de las piedras, que son de la obligacion de los dichos herederos, no pueden considerarse mejoras, *vt laté tenet Cauilc. dict. decis. 52. num. 53. part. 2.* De que tambien resulta no auerselas de permitir, ni dar lugar a la reuista que pretenden de molineros en las piedras, y peltrechos, cuyo articulo se reseruó para difinitiua; y porque es de malicia, y por dilatar, y no ay sobre que caiga, pues los molineros hizieron la visita de las piedras, y demas peltrechos, que dexaron de apreciar los Alarifes; en conformidad del mismo parecer de los dichos Alarifes, q̃ fuerõ los gastos de las piedras, cinchos de hierro, y gorrones, y tejuelas de metal, por no tener noticia dello, y del Auto de la Sala, y estando presentes ambas partes, y si huuiera mas q̃ apreciar, lo aduirtieran: y assi no se ha de difinir a esta pretẽsion, pues fuera dar culpa dõde no la huuo: *Ita Felinus incep. fraternitatis de testib. Bald. & Angel. in l. veluti, ff. de edend.* Ni de equidad tiene entrada este intento, *vt bené aduertunt Aretin. in cap. constitutio de testib. Alexand. cons. 83. col.*

fin.vol.4. Anton.Gabr.commun.tit.quos sequitur Roland. cons. 52. *num.* 18. *&* 30 Y querer retencion del molino por mejoras, que no ay, ni es otra cosa que despojar al Conuento, *vt tradit Bald.cons.*301.*num.*5. *&* 6 *vol.*1. *&* *cons.*177. *num.* 3. *&* 4. a que no se ha de dar lugar. Y assi se espera por el Conuento de Santiago de los Caualleros, que se ha de confirmar la sentencia de vista en el amparo de possession, y suplir en todo lo que es en su perjuizio. Salua censura dominationis vestræ.